

# 国家権力を背景とした犯罪

## —序論的考察—

川口 浩一

### 目次

まえがき

一 概念

二 類型

三 処罰

### まえがき

もう三年以上も前のことになるが、私の論文「ドイツ統一後の旧東ドイツ犯罪の処罰問題<sup>(1)</sup>」の抜刷りをお読み下さった福島先生は、「大変興味深く読ませていただきましたが、兵役を経験した者として非常に複雑な思いを抱きました」という感想を述べられ、「この問題については是非一度議論しましょう」と仰られた。私も早く私見をまとめて先生のような戦争体験者の方のご意見を伺ってみたいと思っていた。しかしこの問題は非常に深刻なものであり、私見を明らかにすることは非常に困難であり、昨年六月の日本刑法学会での報告で一応の方向を示したものの<sup>(2)</sup>、現在でも

残された問題の解答を模索している状況が続いている。ところが先生は、私が学会報告を行った日に逝かれしまった。私は先生の計報に接して、先生と約束を果たすことができなかった自分の怠惰に深い悔悟の念を抱いた。不完全なものであるが、その後の私自身の思索をまとめた本稿<sup>(3)</sup>をこの追悼号において先生に捧げたいと思う。

## 一 概 念

ドイツは最近五〇年間に二度に渡っていわゆる「過去の克服」の問題に深刻に直面し、法律家もこの問題について「果てしない」議論を行ってきた。またドイツ以外でも同様の問題の存在が指摘されている。ナオケは、最近の著書でこの問題を「国家によって強化された犯罪」(staatsverstärkte Kriminalität)という概念を用いて総括し、それについての彼自身の見解を展開している<sup>(4)</sup>。彼はそれ以前に用いられてきた諸概念と対比してこの概念を次のように説明している。

まず最近よく用いられる「政府犯罪」(Regierungskriminalität)<sup>(5)</sup>という概念は、ナオケによれば、「あまりにも曖昧で矮小化的 (dämplend)」である<sup>(6)</sup>。即ち政府犯罪は国家によって強化された犯罪の一事例にしかすぎず、この問題を総称するのに相応しくないとされる。次に「政党犯罪」(Parteikriminalität) という概念が用いられることもあるが、これについても政府犯罪と同じ批判が妥当するとナオケはいふ。

次に国家によって強化された犯罪に類似した概念として「支配犯罪」(Herrschaftskriminalität)<sup>(7)</sup>がある。しかしこの概念についてナオケは、国家によって強化された犯罪という概念の方が、「おそらくその行為態様をより現実<sup>(8)</sup>に近く示しているであろう」とする。

最後に類似した概念として最も重要なのはイエーガーによって提唱された「マクロ犯罪」(Makrokriminalität)<sup>(9)</sup>。

という概念である。この概念についてはナオケも国家によって強化された犯罪に最も近い意味で用いられるものだとしている。<sup>(10)</sup>しかしこの概念は、イエーガーが提唱して以来、次第に文献において浸透しつつあるが、反面、多義的な概念となってきた。そこでイエーガーは、最近の論文においてこの概念の意義を再論し、マクロ犯罪という概念は「当該集団の行為が全社会的なコンフリクトとプロセスの部分行為として表現される場合、即ち国家と社会がそれを誘発したという意味において直接的に犯罪に関連している場合」にのみ使用されるべきだとしている。<sup>(11)</sup>このようにイエーガーはマクロ犯罪という概念が定義できると主張するのであるが、「マクロ」という語感からみて、そのような事態を表現するためにこの名称が妥当であるかどうかにはなお疑問が残るといわざるをえない。ナオケも、マクロ犯罪というよりも国家によって強化された犯罪といった方が「被害者がおかれた絶望的な自由のない状況より強調できる」としている。<sup>(12)</sup>

そこでナオケ自身が使用する「国家によって強化された犯罪」という概念の内容をもう少し詳しく見ておく必要がある。ナオケによれば、この国家によって強化された犯罪は「AがBを殺害した」とか「AがBの財物を窃取した」とかいう私的な「A—B犯罪」<sup>(13)</sup>と対比されるものである。そしてこの犯罪に共通の事態は「弱い個人の自由が組織的国家権力によって抑圧される」ということであるとナオケはいう。<sup>(14)</sup>

このように国家によって強化された犯罪という概念は、意味内容も比較的明確であり、検討に値するものであるが、日本語に直訳すると若干こなれていないような印象を否めない。そこで、以下では「国家権力を背景とした犯罪」という用語を使用したい。但し、この用語は国家によって強化された犯罪よりも若干語義が広い様な印象を与えるかもしれない。しかし国家によって強化された犯罪という概念においても周縁部分においては不明確性を回避できず、実際上ほぼ同様の事態を包摂する概念であるといってもよいであろう。

## 二 類 型

以下ではこの国家権力を背景とした犯罪の実例を、ドイツにおいて実際に問題となった事例を中心に紹介し、類型化を試みたい。

ドイツにおける国家権力を背景とした犯罪の典型は、NS犯罪とSED犯罪<sup>(15)</sup>である。この犯罪の分類は、国家権力の担い手に着目したものである。これらの国家は、ドイツ史上、共に「不法国家」(Unrechtsstaat)であつたと性格付けられている。もちろん両者は、その基本思想において全く異なったものであるが、いくつかの共通点が見出される。このナチス犯罪とSED政府犯罪の共通点と差異という問題は、政治的場面において激しい議論がなされているが、刑法の場面においても、ラートブルフの公式の適用やあるいは両者においても特別立法がなされた時効問題に等に関連して論じられている。これについて重要なのは、両者がおよそ同置可能かどうかという大雑把な議論をするのではなく、どのような観点からみて共通点があるといえるかということであろう。刑法の観点から見れば、確かに、殺害された人数などには差があるが、人間の生命権を著しい軽視する行為がその国家の体制の中でむしろ合法的なものと考えられていた点では共通する性格を持っていたといわざるをえないであろう。さらに両国家に共通の特色として司法権が独立しておらず、むしろ政権の道具とされていたことがあげられる。この点はいかなる「法秩序」がその当時存在していたかという問題を考察する際にも重要な役割を果たすのである。

それぞれの国家権力が背景となった犯罪を、以下で概観しておこう。

## (1) NS 犯罪

ナチス国家においてはヒトラーの命令は法そのものとされ、総統の意思から法を演繹することがナチス法体系の特色であったので、第三帝国においては、総統がそれを命じたならば、その限りにおいて大量虐殺さえも法に基づく行為とされたのである。

このような背景の下で、ヒトラーの命令によってアウシュヴィッツの強制収容所などでユダヤ人の国家的・組織的虐殺等の行為が行われた。ナオケも国家によって強化された犯罪の典型例としてユダヤ人が勾留中に警察官から暴行を受けた一九四〇年の事例をあげている。<sup>(16)</sup>その他にも著名な事例だけでもいわゆる突撃隊事件における政敵の虐殺や、社会的弱者の殺害、特に精神障害者等に対するいわゆる安楽死計画などの行為が行われたのである。

## (2) SED 犯罪

ドイツ統一は、ドイツ司法にとって非常に多くの問題を発生させたが、刑法における最大の問題となったのは、DDR、すなわち旧東ドイツからの逃亡者を「壁」において射殺した行為に関するいわゆる「壁の射手」裁判や、裁判官・検察官による枉法や連邦憲法裁判所の注目すべき判決がでたDDRのスパイ活動などのDDRのこれまで前述のように「政府犯罪」と呼ばれてきた行為の処罰問題である。これらの犯罪の訴追活動については、若干古いものであるが、検察の政府犯罪処理班の責任者である検察官のシェフゲンが一九九四年の四月に明らかにした統計がある(表参照)。

この表からも看取されるように、いわゆる「政府犯罪」にも様々な類型が存在する。まず国境における殺害行為は一般に「壁の射手」事例と呼ばれている。ナオケは、この壁の射手という呼称も矮小化的 (herunterspielend) で

一九九四年四月現在での政府犯罪起訴件数および判決件数

罪種	起訴件数	判決件数(確定数)
国境における殺害等の行為	52	16 (6)
枉法	54	3
政府関連経済犯罪	27	10 (6)
政府関係者による誘拐・自由剥奪	9	1
選挙結果の改変	5	5

(Schaeffgen, RuP 1994, 150ff. を参照して作成)

あって、ヘルツォークがそう呼ぶように「死の射手」とすべきであり、そして彼らは「国家を救うための射撃」を行ったのではなく、ルシユカがそう呼ぶように「死の射撃」を行ったというべきであるとする<sup>(19)</sup>。そしてナオケは、典型事例としていわゆる連邦裁判所第一判決の事例をあげ、次のように要約している。「ある単独の、自分の力で逃亡しようとした人間が、権力を持つ国家組織——軍と軍の構成員は国家指導部の信頼を得ている——の一部である、二人の重武装の、制服を着た、訓練を受けた兵士によって、射殺された。梯子を登っていたその若者は、武装した軍の構成員に対して生存のチャンスを持っていなかったのである<sup>(21)</sup>。」

この事例を初めとして、既に見たように多くの事例が起訴されているのであるが、その内判決が出されたものの中で注目されるのは、いわゆる連邦裁判所第三判決の事例と一九九四年に起訴が提起され現在審理中のNVA(国家人民軍)元将官への訴訟の事例である<sup>(23)</sup>。これらにおいてはいわゆる国家指導部の責任が問題とされているからである。

次にその他の事例に関する最近出された判決の中で注目されるものは、スパイ行為に対するものと裁判官等司法関係者の枉法に関する事例である<sup>(24)</sup>。

### (3) 類型化

以上ドイツにおける実例を中心に、国家権力を背景とする犯罪の実例をいくつか見

てきたが、ここですべてとして類型化を試みたい。もちろんこれはすべてではないが代表的なものはこの類型によってフォローできよう。

#### ① 民族虐殺

これは、NS国家においてユダヤ人の計画的・組織的殺害を中心とした最も特徴的な犯罪であった。しかしナチス以外の例も多く知られている。

#### ② 社会的弱者の殺害

これもNS国家に特に精神障害者等に対するいわゆる安楽死計画が特に有名である。その背後にはいわゆる優生思想があり、それはドイツだけではなく我が国にも影響を与えた点に注意しなければならない。

#### ③ 政敵の肅清（殺害）

これはNS国家、SED国家に共通してみられたものであり、また旧ソビエトのスターリンによる肅清は特に有名である。殺害の方法には直接的な暗殺等の方法の他に場合によっては訴訟による死刑判決の形をとる場合があり、ナチス時代のものでDDRにおいてもいわゆるヴァルトハイム訴訟などが知られている。この場合には後述の枉法と重なってくる。

#### ④ 亡命企行者の殺害

これは旧社会主義国家において典型的にみられたものであるが、DDRにおいてはいわゆる共和国逃亡者の殺害が組織的に行われたことは上述の通りである。

#### ⑤ 枉法

司法が国家権力に従属している体制においては、法が司法によって枉げられるという事態が生じた。ドイツにおい

てはこのような枉法を直接処罰する構成要件（ドイツ刑法三三六条）が設けられている。枉法罪はNS犯罪にもSE D犯罪にも適用される重要な構成要件であり、これらの事例（BGHSt. 40, 30; 169; NJW 1995, 64等）の検討は重要である。

#### ⑥スパイ犯罪

対立するスパイ活動に伴う犯罪行為の処罰という問題も、国家権力を背景とした犯罪と関連した問題である。ドイツにおいてはDDRのスパイの処罰に関する連邦憲法裁判所の判決（BVerfGE NJW 1995, 1803）が注目された。

#### ⑦戦時下の市民殺害等

戦時下での軍の市民に対する虐殺行為は、現在においても繰り返されている。この点については旧日本軍の行為についても検討がなされるべきである。これと関連して従軍慰安婦への強制行為等の処罰可能性の問題も議論すべきであろう。

### 三 処 罰

ナオケは、以上で述べてきた国家権力を背景とした犯罪（国家によって強化された犯罪）は現代社会においては特権化されている、即ち多くの場合処罰が及ばなかったり、処罰されても制限的であるとする。そして逆に私的な犯罪については、刑法の基本原則はむしろ柔軟に適用され、処罰が拡大しているという傾向を指摘し、そのアンバランスを批判する。ナオケによればこのような状況を打開するには、刑事制裁の「第四の軌道」が必要であり、私的犯罪と異なる原則が国家権力を背景とする犯罪には妥当させられるべきなのである。<sup>(27)</sup>このような傾向が実際に見られるのか、そしてナオケのような解決策が妥当なのかという問題を、国家権力を背景とする犯罪が（主にドイツにおいて）どの



ように処罰されてきたかという実例と関連付けながら考察していきたい。

# (1) 国内刑法

ドイツにおいてはNS犯罪についてもSED犯罪についても国内刑法による処罰が行われたことはよく知られている。<sup>(28)</sup>

まずNS犯罪については、特に国内法による処罰がなされなかった日本との対比がよく議論され、ドイツが国内法によっても処罰したことに対しては肯定的な見解が多い。<sup>(29)</sup>しかし、学会の議論においては必ずしも肯定的な意見ばかりとはいえず、批判的な見解も見られるのである。特にヴェルレは、ドイツの国内法による処罰は偶然的・断片的になされたに過ぎず、かえって「ナチス国家の本質への洞察があやふやにされ、意識的な再出発が怠られた」としている。但しヴェルレはナチス時代の人間性に反した国家犯罪に対しては、遡及効をむしろ明記した特別立法をすべきであったとしているのである。このナチス犯罪の処罰の理論的根拠としてよく援用されるのはラートブルフが一九四六年の論文において公表した見解におけるいわゆる「ラートブルフの公式」である。<sup>(30)</sup>アレクシーは、この公式を「公式の手續を経て制定され、社会的に効力のある規範でも、それが極端に不正である場合には、その法的性格と法的効力を失う。」さらに端的にいえば「極端な不法は法ではない」と要約できるとする。この公式は、戦後ドイツの法哲学学会における自然法と法実証主義をめぐる論争の中でも盛んに援用され、法の実定性の意義をめぐる問題とも関連し、法哲学的にも興味深いものであるが、国家権力を背景とする犯罪の処罰の理論的根拠を与えるものとしての役割を果たしたのである。

次にSED犯罪についてもやはり国内刑法による処罰がなされている。特に重要なのは上述の壁の射手(死の射手)

に対する連邦裁判所第一判決である。ベルリン地裁少年部は、故殺のかどでWに一年六月の少年刑、Hに一年九月の自由刑の有罪判決（執行猶予付き）を言い渡した。これに対して上告がなされたが、連邦裁判所は、被告人の当該射殺行為は旧東独の国境法二七条二項に銃器使用条項に基づいて行われたものであり、その違法性が阻却されるという主張は認められないとして被告人側の主張を退けた。

この国境での逃亡阻止のための殺害行為については一定の場合に武器使用を認めるDDR国境法二七条によって正当化されると考えられており、それに止まらず逃亡を阻止した兵士には特別休暇などの報奨が与えられていたのである。このような行為を処罰することは遡及効禁止原則に違反しないのであろうか。この判決は、上述のラートブルフの公式を引用し、結論的にはその適用を認め、当時のDDRも国境法二七条の正当化を制限的に解釈すべきであったのだから、当時のDDRの法によっても国境での逃亡者の殺害は可罰的であったとし、それゆえ、その行為の処罰は遡及効禁止に抵触しないとされる。ここで注目されるのはそのように解釈すべき根拠として、自然法ではなく、当時DDRも批准していた国際人権条約のいわゆる自由権規約の移動の自由を定めた第一二条を援用している点である。これによってラートブルフ公式における「極端な不法」の基準が補充され、逃亡をあらゆる場合に殺害をもってしても阻止するのはそれにあたるものであるとするのである。そしてそこから直接行為を行った国境警備の可罰性を肯定したのである。

この結論に関してはそれを支持する学説と、ラートブルフ公式の適用という結論自体は支持するが、責任の観点から国境警備兵は無罪とすべきで、むしろ指導部の方を処罰すべきだという見解、さらにはこのような解釈も遡及効禁止原則に違反するとする説が激しく対立しているのがドイツ学会の現状といえるだろう。

このように国境警備兵が処罰されていく中、一九九三年五月二九日、チリのサンティアゴでエーリッヒ・ホーネッ

カーは、結局処罰を受けないまま八一歳でその生涯を終えた。周知のように一九九三年一月三日のベルリン憲法裁判所の決定によって彼の訴訟は打ち切られたからである。しかしホーネッカーという「中心人物」を既に欠いていたとはいえ、ベルリン地裁によって一九九三年九月一六日にケスラー、シュトレレッツ、アルプレヒトに対する謀殺教唆罪での有罪判決が下された。そしてこの判決は、連邦裁判所の判決によって教唆ではなく間接正犯による有罪判決という形で確定した。これについていわゆる「組織的支配」の理論の適用が試みられている。<sup>(3)</sup>これによって間接的にはホーネッカーの責任についても明らかにされたことになるが、彼が処罰を免れたという事実には変わりがない。

このような状況は「小物は処罰されるが、大物は処罰を免れる」と一般には受け取られ、処罰方法に対する不満もしばしば表明されている。

また上述の裁判官の枉法に関する連邦裁判所の判決においては、人権侵害の程度が「重大な」ものであるかどうかの問題とされ、その罪状の大部分については処罰できないという結論が採用された(BGH NJW 1995, 64, 66)が、そうなるとその判断基準が問題となつてこよう。

このように見ると確かにナオケの指摘は、事実にみて国家権力を背景とした犯罪を犯した行為者の内、処罰を免れる者が必然的に出て来るという意味においては当たっている面もある。しかし国家権力を背景とする犯罪についても、遡及効の禁止等の原則を緩和しても処罰していこうとする傾向は、判例・学説に共通して見られるのであって、それが特権化されているとは言えないと思う。さらに問題なのはナオケがこの国家権力を背景とする犯罪の処罰については、国内刑法による処罰の場合にも異なった原則が妥当すると考えていることである。私はこの点に関しては、罪刑法定主義の原則はここでも厳格に適用されるべきであると考ええる。以下これと関連した論点についての私見をまとめておく。<sup>(32)</sup>

## ①遡及効の禁止の適用の際の基準となる実定法

そこで基準とされるべきは当該社会において現実に妥当していた法秩序である。どのような法が妥当しているかを判断する際には現実に存在していた国家・社会体制を考慮せざるをえない。これを無視して事後的に別の社会の法秩序の基準をもって、法の内容を異なつて解釈するのは、事後法によつて処罰することと同じであつて遡及効禁止の原則に反するといわざるをえない。但し、現在の法秩序とは異なる法秩序が存在していたとしてもその法秩序の元でも法を濫用した行為というのは存在しうる。今後の検討課題としてはこの法の濫用との区別の問題が残されている。特に前述の枉法罪との関係で特にこのことが問題となる。前述のドイツ連邦裁判所による区別が可能かどうかには疑問がある。

## ②ラートブルフの公式の意義

確かに自然法等、特に現代においては人権思想などからみてある現実に存在していた法秩序における実務が事後的に極端に不法だったと宣言され、無効とされることはありうるし、そのこと自体は妥当な場合もありうる。しかし一定の法律が無効であると宣言されることがありうるということと、それによつて刑罰権が創設されるということは別のことである。罪刑法定主義は、制定法によつて刑罰権が規定されていることを要求している。ラートブルフ公式の（直接的または間接的）適用によつて刑罰権の創設を認めることは許されない。また前述の法の濫用との関係で「著しい」濫用とそうでないものの分類基準は何ということの問題としたが、ラートブルフ公式の「極端な不法」という基準についても何が「極端」で何がそうではないのかという問題がある。

### ③ 一般予防的論拠への批判

ドイツにおいて処罰を肯定する見解が有力である背景には、シュレーダーやアレクシーの主張にみられるようにそのような処罰が一般予防的効果を持つという考え方があるように思える。確かにユダヤ人の虐殺や国家から離れる権利を実現しようとする市民の無制限の射殺などの行為は繰り返されてはならない行為である。しかし処罰によってこのことを抑止したり、あるいは一般人の規範意識を高めることができるのであろうか。処罰は、ナチス犯罪についてもそうであったようにその性格上断片的なものに止まらざるをえず、またいわゆる射殺命令について最大の責任を持つホーネッカーが周知のように処罰を免れ、その命令に従わざるをえなかった国境警備兵が処罰されたようにかえって国民の間に不公平感や不信感を引き起こす原因にもなり得るのである。このような観点からは一般予防的論拠は疑問である。

### (2) 国際刑法

ドイツの戦争犯罪についてはいわゆるニュルンベルク裁判で、また日本の戦争犯罪についてはいわゆる東京裁判等によって処罰された。また最近では旧ユーゴ紛争に関連して行なわれた国際人道法違反の犯罪を処罰するための臨時法廷が設立されている。これらの国際法的な問題については非常に多くの研究があり、ここでそれに言及することができないが、刑法理論的な観点からいえば国際法による処罰も、刑罰権の行使であるならば、遡及効の禁止という刑法の基本原則が排除されるということには疑問を感じるし、このようなアド・ホックな裁判所による処罰は「勝者の裁き」の感を否めない。そこで次に現在現実化しつつある常設の国際刑事裁判所による処罰<sup>(33)</sup>についても若干触れておきたい。現在進行している訴訟が合法的かどうかについては国連における手続など様々な問題があり、それらの検討

をここすることはできないが、一般的に国際社会において処罰権限が確立して常設の国際裁判所の運営が軌道に乗ったとしても、そこにおいてもやはり遡及効の禁止の原則が妥当と思われる。即ち行為時に既に正当な処罰権をもった国際機関が存在し、かつ当該規範が国際社会において基本的に受容されている場合にのみ処罰が可能であり、そうでなければ遡及効の禁止の観点から処罰はできないと考えられる。逆にいえばそのような条件が整えば常設の国際刑事裁判所による処罰が可能になり、それによってのみ国家権力を背景とした犯罪の処罰は可能になるといえる。しかしそれが実現する至るまでの道は険しいといわざるを得ない。実体法の問題以外にも手続法的な問題も深刻である。このような条件が整うのを待たずに問題のある制度によって性急に処罰を行うことは、長い目で見ればより問題が多く、われわれがこれまでの歴史の中で獲得してきた遡及効の禁止等の刑法の基本原則を掘り崩していくことには疑問であり、たとえ時間がかかっても刑法の基本原則と抵触しないような国際刑事裁判の制度を創りあげていくことが必要なのである。

従って、ナオケのいう国家権力を背景とする犯罪の処罰は刑事制裁の第四の軌道であるというテーゼは、従来の個別国家の内部での処罰を超えた国際共同体における刑罰権の存在が必要であるという意味においては（その意味においてのみ）妥当なものであるといえよう。しかし、このことは現状ですぐに常設国際裁判所での処罰が可能であるということを意味するわけではなく、むしろ現状ではまだ整っているとはいえないその実現のための条件を刑法学の立場からも慎重に検討し、議論を継続していくことが必要なのである。

（1） 刑法雑誌三三卷三号（一九九四年）二一九頁以下。

（2） 川口浩一「遡及効禁止原則の現代的意義——ドイツにおける二つの過去の克服問題を主な素材として——」刑法雑誌三五卷二号（一九九六年）一頁以下。

(3) 本稿は、これまで発表してきた論文における論点をまとめ、問題点を明確化しようとするものである。自説を部分的ではあるが明らかにし、それを要約するという意図もある。また紙面の関係もあり、文献資料的な注を十分付けることができなかった。この点については私のこれまでの論文を取り敢えず参照していただき、不十分な点については別稿で補充していきたい。

- (4) Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996.
- (5) これに関しては前掲注(1)論文および川口浩一「旧東独の『政府犯罪』の処罰と時効に関する最近の判例と立法」奈良法学会雑誌七巻一号(一九九四年)一頁以下を参照。
- (6) Naucke 注(4), S. 19, Fn. 11.
- (7) Merkel, Politik und Kriminalität, in: Unseld (Hrsg.), Politik ohne Projekt, S. 301.
- (8) Naucke 注(4), S. 19, Fn. 11.
- (9) Jäger, Makrokriminalität, 1989.
- (10) Naucke 注(4), S. 19, Fn. 11.
- (11) Jäger, Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts, in: Hankel/Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschenverbrechen: zum Völkerstrafrecht, 1995, S. 325 ff., S. 327.
- (12) Naucke 注(4), S. 19, Fn. 11.
- (13) Naucke 注(4), S. 23.
- (14) Naucke 注(4), S. 20.
- (15) 前述のように旧東独においてSED体制の下で組織的におこなわれた犯罪については一般に「政府犯罪」という名称が用いられているが、ここではその名称に対する既述の批判を踏まえ、且つNS犯罪と対比する意味でもSED犯罪という名称を用いることとする。
- (16) Naucke 注(4), S. 19f.
- (17) Herzog (Hrsg.), Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze, 1993.

(18) Hruschka, JZ 1992, 665.

(19) Naucke 注(4), S. 19.

(20) 事案は以下のようなものである。AはDDR国境警備部隊の下士官として、Bは兵士としてベルリンの壁の警備の任務についていた。一九八四年、ある若者がベルリンの壁に梯子をかけて乗り越えようとしていた。兩名が発見し、静止を求め、威嚇射撃を行ったが彼がそれを無視して壁の上頂部に手をかけたので、WとHは継続射撃(Dauerfeuer)を行い、その中、Aの撃った弾丸が背中に(これが致命傷となった)、Bの弾丸は膝に当たった。彼は同日午前五時三〇分まで放置された。その後、彼は病院で午前六時三〇分に死亡した。

(21) Naucke 注(4), S. 11.

(22) 地裁レベルではいわゆる連邦裁判所第二判決の事例の方に先に判決が下された(従って以前はこの事例が「壁の射手第一判決」と呼ばれることもあったので注意)。この事案は次のようなものであった。A、B、C、およびDは、旧DDR国境部隊における兵役義務者として国境警備の任務についていた。一九八九年二月五日、XとYが、国境の壁の方向に向かった時、警報を聞いた被告人達は、その壁のところへ向かった。AとBは「止まれ! 動くな!」と叫んだ。しかしXとYはそれを無視し、さらに柵に近づこうとした。そこでBは約一〇〇メートル位のところから、足を狙って計六発発砲した。Aも同じ距離から発砲した。その間、CとDは、被害者に約三九メートルの距離まで近づいていた。Cは、自らは発砲せず、Dに向かって「撃て!」と叫んだ。Dは膝について三発発砲し、被害者Xにはその中の二発目が足に、三発目が上半身に当たり、それによってXは死亡した。Yは足に負傷し、逮捕された。

(23) Vgl. *Sächsische Zeitung* vom 19./20. August 1995, S. 1. 3. その他の事案で注目されるものとしてBGH一九九三年一〇月二〇日第五刑事部判決の次のような事案がある。一九六五年の秋にAは、国境警備兵として、B(既に有罪が確定)およびC(既に無罪が確定)と共に、旧DDRとベルリンの間の国境警備の任務に就いていた。一九六五年一〇月一八日午前二時四五分頃、XとY(本件での証人となった)は、上述の地区において越境逃亡を企てた。BとCはこれを見し、威嚇射撃を行い、停止および引き返しを命じた。XとYはこれに従い、手をあげて境界の端に車の侵入を防止するために掘ってあった壕のところまで引き返してきた。さらにBとCは「催促のために」マシンガンで更に射撃を行い、Yはそれによって重傷を負った。そこにかけてつけたAは、壕から「出てこい」と命じたが、Yは「けがをしたから出てこれない!」と言って



その場に留まった。これに対してXはその命令に従い、壕から出た。ところが、Hは、射撃の前かあるいは後に「俺は、ここから誰一人として出す訳にはいかないと誓ったんだ」といって、Xに向かってマシンガン「カラシニコフ」で射撃し、これを殺害した。その際Aは、Xは犯罪者で政敵であり、その生命に配慮する必要はないと考えて、意図的に殺害したものであった。ここでは謀殺の要件を満たすかどうかが問題となった。ここでは国家体制を自己に内面化した行為者像がうかがえる。

(24) 前掲注(2) 論文参照。

(25) BGH NJW 1995, 3324.

(26) Naucke 注(4), S. 82f.

(27) Naucke 注(4), S. 79ff. なお第一の軌道とは刑罰、第二の軌道とは保安処分、第三の軌道とは損害回復を指す。

(28) 以下の議論については前掲注(2) 論文参照。

(29) これに対して日本は、ドイツの現外相のケンケルがそう述べたように「過去を忘れ去ろうとしている国」として国際的な非難を受けているのである。

(30) ラートブルフの公式と呼ばれるのは、「正義と法的安定性との間のこの衝突は、制規と権力によって裏うちされた実定法が、内容的にはたとえ不正であり非合目的ではあっても、優位を与えられる、というようにして、解決されるであろう。もっとも、正義に対する実定法規の矛盾が、余りにも甚だしいために、その法律を『悪法』として、正義に道をゆずらせなければならぬような場合には、話は別である。」(小林直樹訳・ラートブルフ著作集4二六〇頁以下)という部分である。

(31) このような国家の命令による行為が共犯なのか、正犯なのかという問題は、刑法理論的にも興味深いものであるが、国家権力を背景とする犯罪のメカニズムを解明するためにも重要な論点であろう。この問題について非常に詳細に検討したものである、鈴木彰雄「組織的権力機構による間接正犯」関東学園大学法学紀要五巻一号(一九九五年)八七頁以下。

(32) 以下の私見はドイツにおいて最も有力に不可罰説を主張するヤーコプスの見解(Jakobs, GA 1994, 1等)に基本的に賛成するものである。ナオケはこのヤーコプスの法実証主義の理解などについても批判を加えているが、この点については別稿で検討を予定している。

(33) これについては坂本一也「国際刑事裁判所設立構想に関する一考察」法学五九巻三号(一九九五年)八六頁以下、鶴岡公二「国際刑事裁判所の設立について」ジュリスト一〇七九号(一九九五年)八〇頁以下を参照。